

O Tempo e a Alteração das Circunstâncias Contratuais*

Alexandra Leitão

Professora auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

1. Relevância do tempo nas relações contratuais jurídico-administrativas. 2. Alteração das circunstâncias nos contratos administrativos: definição e requisitos. 3. Delimitação negativa: o risco contratual. 4. Alteração das circunstâncias e modificação do contrato. 4.1. O poder de modificação unilateral do contrato. 4.2. O facto do príncipe. 4.3. Limites à modificação do contrato. 5. Reposição do equilíbrio financeiro do contrato. 6. Breve referência à figura dos “trabalhos a mais” nas empreitadas de obras públicas. 7. Alteração das circunstâncias e resolução do contrato. 8. Em especial, a alteração das circunstâncias nos contratos sobre o exercício de poderes públicos. 9. Crise e alteração das circunstâncias: breve nota.

1. Relevância do tempo nas relações contratuais jurídico-administrativas

A relevância do tempo nas relações contratuais jurídico-administrativas não se limita à questão da alteração das circunstâncias, pelo contrário manifesta-se noutros aspectos do regime jurídico dos contratos públicos¹.

Refira-se, antes de mais, que adoptarei no âmbito do presente trabalho, a expressão “contratos públicos” numa acepção diferente da que é adoptada no Código dos Contratos Públicos (adiante designado abreviadamente CCP).

De facto, este diploma define contratos públicos, no seu artigo 1.º, n.º 2, como “... aqueles que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas

* O texto que agora se publica corresponde, com ligeiras alterações, à intervenção apresentada no V Encontro de Professores de Direito Público, subordinado ao tema “O Tempo e o Direito Público”, que se realizou nos dias 27 e 28 de Janeiro de 2012, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, tendo sido entregue para publicação em 10 de Fevereiro de 2012, razão pela qual não se citam obras posteriores a essa data. Aproveito para reiterar o agradecimento ao Senhor Professor Doutor Jorge Miranda, ao Senhor Professor Doutor Vieira de Andrade, à Senhora Professora Doutora Luísa Neto e à Senhora Professora Doutora Maria Assunção Vale Pereira pelo convite que me dirigiram para participar naquele Encontro.

¹

entidades adjudicantes referidas no presente Código”, para efeitos da sua sujeição à Parte II do CCP, ou seja, aos procedimentos pré-contratuais, distinguindo-os dos contratos administrativos, aos quais se aplica também a Parte III do Código.

A dicotomia entre contrato público e contrato administrativo não merece o meu aplauso, uma vez que me parece que o conceito juscomunitário de contrato público, apesar de ser aparentemente neutro relativamente aos modelos tradicionais de contratação administrativa dos diferentes Estados-membros, resulta numa concepção mais abrangente de contrato administrativo, que acaba por pôr em causa o “velho” conceito de contrato administrativo².

Desde logo, a procedimentalização da formação de todos os contratos celebrados por entidades administrativas influencia necessariamente o regime substantivo do contrato, no que respeita à invalidade, à modificação objectiva e subjectiva, à duração, entre outros aspectos.

Neste sentido, o tema que agora se aborda – a relevância do tempo nas relações contratuais jurídico-administrativas - é até um bom exemplo desse efeito de “contaminação” que a fase pré-contratual, pela sua sujeição a um procedimento administrativo e a regras de concorrência impostas pelo Direito Europeu, acaba por provocar em qualquer contrato que seja celebrado pela Administração Pública.

Efectivamente, dessas regras decorrem importantes constrangimentos relativamente à duração, prorrogação e renovação dos contratos.

No artigo 48.º do CCP estabelece-se que nos contratos de locação ou de aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços, a fixação, no caderno de encargos, de um prazo de vigência do contrato a celebrar superior a 3 anos carece de fundamentação acrescida, o que tem uma evidente ligação com o artigo 440.º, que determina, por sua vez, que os contratos de aquisição de bens móveis não podem ter duração superior a 3 anos, incluindo quaisquer prorrogações, expressas ou tácitas, salvo se tal for conveniente em função do objecto da prestação e aí tem também de ser fundamentado.

Por sua vez, quanto à celebração do contrato, o artigo 95, n.º 1, alínea c), subalínea i) do CCP dispensa de contrato escrito os contratos de execução instantânea, entendendo-se como tal os contratos de locação e de aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços integralmente cumpridos no prazo de 20 dias.

² V. ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos Interadministrativos*, Coimbra, 2011, págs. 119 e seguintes. No mesmo sentido, v. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, Coimbra, 2006, pág. 306.

O artigo 129.º, alínea a) do Código proíbe a prorrogação de contratos celebrados na sequência de ajuste directo, que não podem ter uma duração superior a 1 ano.

Finalmente, no artigo 266.º estabelece-se que a vigência dos contratos públicos de aprovisionamento não pode prolongar-se por mais de 4 anos.

A *ratio* de todas as disposições citadas é evidente e prende-se com a necessidade de garantir o dinamismo dos mercados públicos e o acesso de um maior número de operadores à celebração de contratos públicos, o que seria posto em causa se a Administração pudesse celebrar sistematicamente contratos de longa duração, ficando, por isso, longos períodos sem lançar novos procedimentos pré-contratuais.

Trata-se, mais uma vez, de assegurar a concorrência na contratação pública, ao qual não é alheio o efeito de “alavancagem económica” que os mercados públicos assumem no âmbito de uma economia de mercado aberta e de livre concorrência, altamente competitiva³. Os limites à duração dos contratos públicos não se aplicam, contudo, a todos os tipos de contratos, sendo a excepção mais relevante as concessões que, nos termos do artigo 410.º do CCP, têm a duração necessária à amortização do investimento do concessionário, por forma a permitir-lhe remunerar-se do capital investido, fixando, na falta de estipulação contratual, um prazo de vigência de 30 anos.

2. Alteração das circunstâncias: definição e requisitos

A figura da alteração das circunstâncias tem uma óbvia relação com o tempo nas relações contratuais, quer sejam administrativas, quer privadas, na medida em que, naturalmente, quanto mais longa for a duração do contrato, mais sujeito este fica a superveniências imprevistas e imprevisíveis⁴.

Esta realidade é ainda mais evidente nos contratos públicos, uma vez que, atendendo à sua ligação à prossecução do interesse público e à natureza mutável deste, a constante necessidade de adaptação e de modificação é uma característica própria destes contratos.

Efectivamente, a cláusula *rebus sic stantibus* assume particular relevância no âmbito dos contratos celebrados pela Administração, tendo em conta a importância do

³ V. RUI MEDEIROS, *Âmbito do novo Regime da Contratação Pública à luz do Princípio da Concorrência*, in *CJA*, n.º 69, 2008, pág. 3.

⁴ Sobre a diferença entre estes conceitos, v. RUI MEDEIROS, *O Controlo de Custos nas Empreitadas de Obras Públicas através do Novo Regime de Trabalhos de Suprimento de Erros e Omissões e de Trabalhos a Mais*, in *Estudos de Contratação Pública - II*, obra colectiva, Coimbra, 2010, pág. 461.

elemento causal e finalístico e também ao facto de muitos contratos serem de longa duração – veja-se o caso das concessões. Por outras palavras: como estes contratos são celebrados sempre com vista à prossecução do interesse público, se houver uma alteração das circunstâncias que ponha em causa a capacidade de o contrato prosseguir esse fim, tem de ser admitida a sua modificação ou, inclusivamente, a respectiva resolução.

Aliás, alguns Autores defendem que a figura da superveniência é muito mais relevante no Direito Público do que no Direito Privado, devido à constante mutação a que está sujeito o interesse público⁵, e que, por isso, a cláusula *rebus sic stantibus* está sempre “*integrada no contrato de Direito Público*”⁶. Veja-se, por exemplo, o princípio da adaptabilidade dos serviços públicos, que preside aos contratos que têm por objecto a gestão destes serviços, v.g., a concessão, e que resulta, exactamente, da modificação do interesse público ao longo do tempo, bem como das melhores formas de o prosseguir.

O CCP não trata autonomamente da figura da alteração das circunstâncias, ao contrário do que acontece no artigo 437.º do Código Civil (adiante designado abreviadamente CC). Esse instituto é tratado apenas no Capítulo V do Código, dedicado à modificação objectiva dos contratos, embora o artigo 312.º, alínea a) contenha uma definição da figura. Assim, nos termos desse preceito, os contratos podem ser modificados [*Quando as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal e imprevisível, desde que a exigência das obrigações por si assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato*”

Esta enunciação, que corresponde à cláusula *rebus sic stantibus*, é semelhante à adoptada no artigo 437.º do CC, caracterizando-se pelos seguintes aspectos:

- tanto pode ser uma alteração de facto, como de Direito, por exemplo, pode ser uma alteração legislativa (alteração das condições de segurança nos estaleiros de obras públicas, modificações ao nível do regime fiscal⁷, etc);

⁵ V., por todos, ANTÓNIO MOREIRA BARBOSA DE MELO, *A Ideia de Contrato no Centro do Universo Jurídico-Público*, in *Estudos de Contratação Pública – I*, obra colectiva, Coimbra, 2008, págs. 20 e 21.

⁶ Cfr. MARIO NIGRO, *Conclusioni*, in *L’Accordo nell’Azione Amministrativa*, obra colectiva, Roma, 1988, pág. 87.

⁷ Sendo certo que, quanto às alterações ao regime fiscal, o STA já entendeu que as mesmas não consubstanciam uma alteração das circunstâncias, nos Acórdãos de 17 de Maio de 1995 e de 21 de Dezembro de 1995, proferidos, respectivamente, nos Processos n.º 018848 e n.º 018575).

- é uma decorrência directa do princípio da boa fé, na vertente da protecção da confiança legítima⁸;

- é uma forma de protecção de quem confiou num determinado conjunto de circunstâncias – que formam a base do negócio⁹ – e fez um investimento, não sendo exigível que mantenha as mesmas obrigações se a base do negócio se alterou¹⁰.

Finalmente, num plano mais amplo, a cláusula *rebus sic stantibus* constitui ainda uma garantia da própria actividade económica, visto que nenhum operador aceitaria celebrar um contrato sabendo que seria, necessariamente, obrigado a cumpri-lo na íntegra, sem alterações nem compensações, fossem quais fossem as alterações supervenientes. Este aspecto é particularmente relevante nos contratos públicos, uma vez que nestes a Administração precisa da colaboração dos particulares para prosseguir o interesse público¹¹.

A alteração das circunstâncias pode determinar a modificação do contrato se se verificarem as seguintes condições: ser uma alteração anormal e imprevisível; causar prejuízos elevados; a exigência do cumprimento das obrigações assumidas afectar gravemente os princípios da boa fé; e a alteração não estar coberta pelos riscos próprios do contrato. Deve considerar-se que a exigência do cumprimento das obrigações assumidas afecta gravemente os princípios da boa fé quando fica definitivamente posta em causa a equivalência das prestações, que é um pressuposto de qualquer contrato, previsto no artigo 281.º do CCP. Aliás, nas relações jurídico-administrativas esta regra põe em causa também o princípio da equitativa repartição dos encargos públicos.

Em especial, no Direito Administrativo, a verificação de uma situação de alteração das circunstâncias dá azo, preferencialmente à modificação do contrato – isso mesmo resulta do artigo 312.º, alínea a) do CCP -, ao contrário do que acontece no Direito

⁸ Como refere MENEZES CORDEIRO, *Contratos Públicos. Subsídios para a Dogmática Administrativa, com exemplo no Princípio do Equilíbrio Financeiro*, in *Cadernos O Direito*, n.º 2, 2007, pág. 106, “a confiança não se limita à não ocorrência de graves prejuízos: ela antes assenta em todo um programa contratual, a desenrolar no tempo, e que irá proporcionar o lucro mobilizador em toda a operação”.

⁹ Este acaba por ser, segundo MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, pág. 62, um conceito vazio, que foi abandonado quer pelo artigo 437.º do CC, quer pelo artigo 312.º, alínea a) do CCP, referindo-se ambos os preceitos às “circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar”, expressão que é muito mais explicativa e clara.

¹⁰ Como referem SÉRVULO CORREIA, LINO TORRAL e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Alteração das Circunstâncias e Modificação de Propostas em Procedimentos de Contratação Pública*, in *Estudos de Contratação Pública - III*, obra colectiva, Coimbra, 2010, pág. 167

¹¹ V., neste sentido, SÉRVULO CORREIA, LINO TORRAL e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 166.

Civil, que é encarada essencialmente como fundamento que permite a uma parte exigir a resolução do contrato (artigo 437.º, n.º 1 do CC)¹².

Isto justifica-se pelo facto de os contratos da Administração estarem adstritos à prossecução de um fim público e não apenas de interesses particulares, pelo que a resolução tem de ser a *ultima ratio*.

Contudo, da alteração das circunstâncias pode também resultar a impossibilidade definitiva de cumprimento do contrato – situação em que se pode falar de “caso de força maior” - e, aí sim, haver lugar à resolução do contrato.

3. Delimitação negativa: o risco contratual

O risco contratual recorta negativamente a cláusula *rebus sic stantibus*, o que se justifica, visto que, em princípio, decorre do *pacta sunt servanda* que cada parte suporta os agravamentos resultantes de ocorrências supervenientes que afectem a sua esfera jurídica¹³.

O risco pode definir-se como um evento incerto, mas previsível (senão subsumir-se-ia na figura da alteração das circunstâncias) e que pode ser positivo ou negativo¹⁴.

Trata-se de uma figura que, existindo em todos os contratos, é mais relevante também nos contratos de longa duração, exactamente porque, sendo a relação contratual mais duradoura, há mais hipóteses de alguma coisa incerta acontecer e afectar as condições contratuais inicialmente acordadas.

Há alterações que não ultrapassam o risco contratual normal que as partes assumem, a álea do negócio jurídico. Nestes casos, não se verifica a cláusula *rebus sic stantibus*, pela simples razão que as superveniências estão cobertas pelos riscos contratuais, não tendo a outra parte de arcar com os prejuízos que essa situação acarrete para a outra parte.

Refira-se que nas concessões esta figura assume particular importância, atendendo ao disposto no artigo 413.º do CCP, que exige que o contrato implique “*uma significativa e efectiva transferência do risco para o concedente*”. A esta luz, a

¹² V., neste sentido, SÉRVULO CORREIA, LINO TORGAL e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 169.

¹³ SÉRVULO CORREIA, LINO TORGAL e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 166.

¹⁴ V. PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas*, Coimbra, 2011, pág. 74.

verificação de uma situação de alteração das circunstâncias nos contratos de concessão deve ser aferida em termos particularmente exigentes, uma vez que a assunção de riscos por parte do concessionário tem de ser significativa e efectiva. Isto significa que todos os riscos que não se possam considerar como riscos certos do concedente ou como riscos certos do concessionário - ou seja, os riscos residuais – serão imputáveis na esfera jurídica do concessionário¹⁵.

4. Alteração das circunstâncias e modificação do contrato

4.1. O poder de modificação unilateral do contrato

Já antes referi que o CCP não trata autonomamente o instituto da alteração das circunstâncias, nem traça o seu regime jurídico, referindo-a apenas enquanto fundamento da modificação objectiva do contrato, a par com as “*razões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes*” (alíneas a) e b) do artigo 312.º)¹⁶.

Assim sendo, nos contratos públicos a modificação pode ser motivada por duas circunstâncias completamente diferentes: pela superveniência de alterações de facto ou de Direito não imputáveis a nenhum dos contraentes; e por motivos de interesse público, sendo que, neste caso, é o contratante público que impõe a modificação unilateralmente por acto administrativo, através do poder de conformação da relação contratual previsto no artigo 302.º, alínea c) do CCP.

Na minha opinião, a articulação entre estas duas situações não está regulada de forma absolutamente clara no Código.

Dir-se-ia que, no caso da utilização do poder de modificação unilateral do contrato é esse facto que provoca a alteração das circunstâncias, sendo esta a consequência do primeiro. Pelo contrário, aquando da verificação da cláusula *rebus sic*

¹⁵ Neste sentido, PEDRO MELO, *op. cit.*, pág. 151. Este Autor salienta, no entanto que do artigo 413.º do CCP não pode resultar uma transferência da imprevisão para o concessionário, sob pena de invalidade das cláusulas que impliquem essa transferência (cfr. pág. 160). Para MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, pág. 111, os “riscos próprios do contrato” são apenas aquelas “*pequenas flutuações do dia-a-dia*” que ao concessionário compete gerir, o que, na minha opinião, não se compadece inteiramente com o disposto no artigo 413.º do CCP (sendo certo que aquele Autor se pronunciava antes da entrada em vigor do CCP).

¹⁶ Criticando esta “aproximação” entre a figura da modificação unilateral e a alteração das circunstâncias no CCP, v. CARLA AMADO GOMES, *a Conformação da relação Contratual no Código dos Contratos Públicos*, in *Estudos Contratação Pública - I*, obra colectiva, Coimbra, 2008, págs. 541 e seguintes.

stantibus, a alteração das circunstâncias é que é a causa da modificação do contrato e não a sua consequência¹⁷.

Por sua vez, nesta lógica, a cada um dos fundamentos corresponderiam formas diferentes de modificação do contrato, a saber: se se verificasse uma alteração das circunstâncias alheia aos contraentes, o contrato só poderia ser modificado por acordo ou por decisão judicial, nos termos do artigo 311.º, n.º 1, alíneas a) e b) do CCP; se, pelo contrário, houvesse razões de interesse público, o contrato seria modificado unilateralmente pela Administração através do poder de *ius variandi*, de acordo com o disposto no artigo 311.º, n.º 2, do mesmo diploma.

Não me parece, contudo, que seja necessariamente essa a solução e proponho uma diferente grelha de leitura.

Em primeiro lugar, o poder de modificação unilateral por parte da Administração também pode ser usado na sequência de uma alteração das circunstâncias, desde que esta ponha em causa a aptidão do contrato para prosseguir o interesse público subjacente à sua celebração¹⁸.

Mal se compreenderia que o contraente público tivesse o poder de modificar unilateralmente o contrato apenas por fazer uma nova ponderação do interesse público e não o pudesse fazer na eventualidade de sobrevir uma alteração das circunstâncias que tornasse necessária uma modificação do contrato por forma a permitir que este continuasse a prosseguir satisfatoriamente o interesse público.

Aliás, a alínea b) do 312.º do CCP não se refere apenas a uma “*nova ponderação das circunstâncias existentes*”, mas também a “*razões de interesse público decorrentes de necessidades novas*”, sendo que essas necessidades novas podem decorrer – e, em, em princípio, decorrem - de alterações das circunstâncias. Trata-se,

¹⁷ Neste sentido, v. PEDRO GONÇALVES, *Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise*, in *Estudos Contratação Pública - III*, obra colectiva, Coimbra, 2010, pág. 47.

¹⁸ Neste sentido, v. LICÍNIO LOPES, *Alguns Aspectos do Contrato de Empreitada de Obras Públicas no Código dos Contratos Públicos II: Em especial, a Reposição do Equilíbrio Económico-financeiro do Contrato e a Determinação dos Danos*, in *Estudos de Contratação Pública - III*, obra colectiva, Coimbra, 2010, pág. 367 e ANA GOUVEIA MARTINS, *A Modificação e os Trabalhos a Mais nos Contratos de Empreitada de Obras Públicas*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, volume II, Coimbra, 2010, pág. 66. Contra v. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Contratos Administrativos e Regime da sua Modificação no Novo Código dos Contratos Públicos*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, volume II, Coimbra, 2010, pág. 832 e MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.ª Edição, Lisboa, 2010 págs. 420 e 421.

assim, quando muito, de uma interpretação extensível do preceito fundamentada quer em argumentos de *identidade de razão*, quer de *maioria de razão*¹⁹.

4.2. O facto do príncipe

O facto do príncipe corresponde a uma actuação extracontratual, de carácter genérico e normativo – resulta de alterações constitucionais, legais ou regulamentares – que afectam o contrato, embora não o tenham por objecto.

Questiona-se se o co-contratante particular tem direito a algum tipo de protecção perante estes eventos. Já referi *supra* que, por exemplo, quanto às medidas legislativas de natureza fiscal, o STA tem considerado que fazem parte do risco contratual.

Tradicionalmente, havia três posições quanto às consequências da ocorrência de uma situação subsumível no facto do príncipe²⁰:

- a sua recondução ao *ius variandi*, originando a reposição do equilíbrio financeiro do contrato;
- a sua inserção na própria álea contratual, pelo que nada haveria a ressarcir;
- a aplicação do regime da teoria da imprevisão, ou seja, da alteração das circunstâncias.

O CCP adoptou uma solução clara, que passa pela recondução à figura da modificação unilateral do contrato apenas quando a actuação que se configura como *factum principis* seja imputável ao próprio contraente público, mas adoptada fora do seu poder de conformação da relação contratual [artigo 314.º, n.º 1, alínea a)].

Nestes casos, dará, por isso, lugar à modificação do contrato e à reposição do equilíbrio financeiro do mesmo, nos termos do preceito citado. E se resultar na resolução do contrato dá direito a uma indemnização igual à que resultaria da utilização, pelo contraente público, do poder de resolução unilateral do contrato, de acordo com o artigo 335.º, n.º 2, do CCP.

O Código não esclarece, contudo, qual o regime jurídico aplicável se o facto do príncipe resultar de uma actuação de outra entidade – que pode até nem pertencer à Administração Pública se se tratar de um acto legislativo aprovado pela Assembleia da

¹⁹ V. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1983, pág. 186.

²⁰ V. ALEXANDRA LEITÃO, *O Enriquecimento sem Causa da Administração Pública*, reimpressão, Lisboa, 1998, págs. 100 e seguintes.

República -, havendo duas hipóteses possíveis: ou se subsume na figura da alteração das circunstâncias²¹, ou cai no risco contratual e cada parte suporta os prejuízos na respectiva esfera jurídica.

Quanto a mim, qualquer uma das situações pode ser, em abstracto, aplicável, dependendo, em concreto, do efeito que o facto do príncipe tenha sobre o contrato, consoante se possa considerar que o cumprimento das prestações nos termos acordados inicialmente continua a ser exigível, ou, pelo contrário, que a sua manutenção atenta contra o princípio da boa fé. Neste caso, é necessário proceder à modificação do contrato e à reposição do equilíbrio financeiro do mesmo.

4.3. Limites à modificação do contrato

A modificação do contrato está sujeita aos limites do artigo 313.º do CCP, que se prendem, por um lado, com a intangibilidade do objecto (definido naquele preceito como as *“prestações principais abrangidas pelo objecto do contrato”*²²) e, por outro lado, com a garantia pelo respeito da concorrência: *“a modificação não pode configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência”*, nos termos do artigo 313.º, n.º 1, parte final, do CCP²³. Se este limite for violado, o acto administrativo de modificação (se esta for imposta unilateralmente) ou o contrato modificativo são impugnáveis judicialmente, visto que se trata, na prática, da adjudicação de um novo contrato sem sujeição a qualquer procedimento pré-contratual.

A limitação imposta pelo princípio da concorrência é densificada, no n.º 2 do artigo 313.º do CCP, da seguinte forma: *“a modificação só é permitida se for objectivamente demonstrável que a ordenação das propostas não seria alterada se o caderno de encargos contivesse essa modificação”*. Contudo, esta restrição conhece um

²¹ Neste sentido, ANA GOUVEIA MARTINS, *op. cit.*, pág. 78.

²² Isto significa que o CCP parte do conceito de objecto imediato - o conjunto das prestações e contraprestações acordadas pelas partes -, para determinar a intangibilidade apenas das prestações principais, entendidas como aquelas que permitem identificar o contrato e que constituem o seu conteúdo essencial e não meramente acessório, na definição do SERVULO CORREIA, *Contrato administrativo*, in *DJAP*, volume III, Coimbra, 1972, págs. 54 e seguintes. Sobre esta matéria v. AUGUSTO ATAÍDE, *Limites e Efeitos do Exercício de Modificação Unilateral pela Administração Pública*, in *Estudos de Direito Público em Honra do Professor Marcello Caetano*, obra colectiva, Coimbra, 1973, págs. 71 e seguintes, e JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE ALMEIDA, *Legalidade e Estabilidade Objectiva do Contrato Administrativo*, in *SJ*, Tomo XXXVII, n.ºs 211-216, 1989, págs. 121 e seguintes.

²³ PEDRO GONÇALVES, *Acórdão Prettetext: Modificação de Contrato Existente vs. Adjudicação de Novo Contrato*, in *CJA*, n.º 73, 2009, pág. 17, refere mesmo que, na medida em que esta solução, imposta pelo Direito da União Europeia, pode pôr em causa o poder de modificação unilateral dos contratos administrativos, assiste-se a uma tendência para *“dar primazia à protecção da concorrência sobre a protecção do interesse público”*.

aligeiramento no caso dos contratos de natureza duradoura, “*desde que o decurso do tempo o justifique*”.

O regime atenuado para os contratos de longa duração – que traduz outro importante reflexo da relevância do tempo nas relações contratuais – justifica-se, quer porque um contrato duradouro está mais sujeito a alterações supervenientes das circunstâncias, quer porque não faz sentido exigir que o contrato fique eternamente “preso” aos termos do procedimento pré-contratual. O próprio decurso do tempo torna essa exigência desajustada.

Também há limites decorrentes do respeito pela margem de livre decisão administrativa, quando esteja em causa um contrato sobre o exercício de poderes públicos e da alteração das circunstâncias resulte uma modificação imposta por decisão judicial ou arbitral que interfira com a margem de livre decisão administrativa (artigo 313.º, n.º 3, do CCP)²⁴. Neste caso, portanto, só se admite que seja a Administração a fazer essa ponderação com um de dois resultados: modificar o contrato por acto unilateral, ou fazê-lo por acordo, desde que não seja uma circunstância em que o contrato caduque *ope legis*, nos termos do artigo 337.º, n.º 2, do CCP (*v. infra*).

A doutrina tem discutido a questão de saber se os limites do artigo 313.º também se aplicam quando a modificação do contrato ocorre por acordo entre as partes.

PEDRO GONÇALVES considera que estes limites só se aplicam à modificação do contrato com fundamento em razões de interesse público, prevista no artigo 312.º, alínea b) do CCP, e não à modificação que decorre de uma alteração das circunstâncias, visto que, neste caso, o co-contratante particular tem direito à modificação do contrato e as imposições relacionadas com o princípio da concorrência não o podem privar desse direito²⁵.

Parece-me, pelo contrário, que os limites decorrentes do respeito pela concorrência, constantes dos n.ºs 1 e 2 do artigo 313.º do CCP, se aplicam também às modificações contratuais resultantes de acordo entre as partes, visto que o acordo não pode pôr em causa regras de natureza objectiva e de ordem pública, como são as que derivam das regras de Direito Europeu sobre os mercados públicos²⁶.

²⁴ ANA GOUVEIA MARTINS, *op. cit.*, págs. 85 e 86, defende que o limite do artigo 313.º, n.º 3, do CCP se deve aplicar a todos os contratos e não apenas aos contratos sobre o exercício de poderes públicos, uma vez que em todos há uma decisão administrativa mais ou menos livre sobre o momento da celebração do contrato e o respectivo conteúdo, à luz do interesse público.

²⁵ V. PEDRO GONÇALVES, *Gestão..., cit.*, pág. 48.

²⁶ Como já defendi antes. V. ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos..., cit.*, pág. 412.

Por outro lado, o objecto do contrato não pode ser modificado em termos tais que já não corresponda ao contrato que foi sujeito ao procedimento pré-contratual, sob pena, inclusivamente, de impugnação judicial, nos termos do artigo 40.º, n.º 1, alíneas e) e f) do CPTA.

O co-contratante particular não fica, contudo, desprotegido, porquanto é exactamente nas situações em que, apesar da ocorrência de uma alteração das circunstâncias, o contrato não pode ser modificado que se deve optar pela sua resolução.

5. Reposição do equilíbrio financeiro do contrato

As consequências da modificação do contrato, quer esta ocorra na sequência de uma alteração das circunstâncias, quer da actuação unilateral do contraente público (*ius variandi* ou *factum principis*) não resultam, na minha opinião, inteiramente claras da análise do artigo 314.º do CCP.

De facto, no n.º 1 deste preceito, relativo ao *ius variandi* e ao *factum principis* imputável ao contraente público, determina-se que há lugar quer à modificação do contrato, quer à reposição do equilíbrio financeiro, nos termos previstos no artigo 282.º do CCP.

Por sua vez, no n.º 2, que se refere aos restantes casos de alteração das circunstâncias, diz-se que há lugar à modificação do contrato ou a uma compensação financeira, segundo critérios de equidade.

Esta solução parece justificar-se, na medida em que no segundo caso, a alteração das circunstâncias não é imputável ao contraente público e, por isso, não tem de repor o equilíbrio financeiro, mas apenas partilhar prejuízos decorrentes dessa ocorrência²⁷.

Mas há Autores que propõem uma leitura diversa, sustentando que nos casos do n.º 2 do artigo 314.º do CCP, a “*compensação financeira segundo juízos de equidade*” aplica-se apenas quando ocorra a resolução do contrato em vez da sua modificação²⁸.

O primeiro sentido parece mais próximo da letra da lei, que só se refere à reposição do equilíbrio financeiro do contrato nos casos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 314.º do CCP e não nos demais casos de alteração das circunstâncias.

²⁷ Neste sentido, ANA MARTINS GOUVEIA, *op. cit.*, pág. 83 e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *op. cit.*, pág. 829.

²⁸ V. PEDRO MELO, *op. cit.*, pág. 93.

Assim, da utilização do poder de modificação unilateral do contrato ou da ocorrência de um facto do príncipe imputável ao contraente público resulta a obrigação de a Administração indemnizar o co-contratante por facto lícito ou pelo sacrifício, razão pela que se justifica aplicar o regime da reposição do equilíbrio financeiro do contrato, que tem natureza indemnizatória.

No entanto, a análise do artigo 282.º do CCP, que determina o modo como se procede à reposição do equilíbrio financeiro do contrato ocorre, vem, na minha opinião, trazer outra luz sobre o assunto, visto que se acaba por concluir que entre a modificação do contrato com reposição do equilíbrio financeiro e a modificação “*tout court*” em virtude de uma alteração das circunstâncias não existem, na prática, muitas diferenças.

Em primeiro lugar, apesar de, nos termos do artigo 282.º do CCP, este se aplicar quando há alterações por facto imputáveis ao contraente público, a verdade é que a aplicação deste preceito não prescinde da verificação de dois requisitos semelhantes ao da cláusula *rebus sic stantibus*: que tenha ocorrido uma alteração da base do negócio (dos pressupostos nos quais o co-contratante assentou a sua decisão de contratar e só desde que o contraente público conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos²⁹) e que não seja coberta pelo risco contratual.

Em segundo lugar, a reposição do equilíbrio financeiro do contrato passa, essencialmente, pela modificação do contrato: prorrogação do prazo de execução das prestações; prorrogação da vigência do contrato; revisão de preços³⁰; assunção pelo contraente público do dever de prestar à contraparte o valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos com a execução do contrato; entre outras possibilidades (artigo 282.º, n.º 3, do CCP).

Por outro lado, o valor do reequilíbrio financeiro do contrato é o necessário apenas para repor a proporção financeira original e não pode colocar qualquer das partes em situação mais favorável do que aquela em que se encontrava inicialmente, não podendo cobrir eventuais perdas que já decorriam dos termos iniciais do contrato ou que sejam inerentes ao risco do contrato (artigo 282.º, n.ºs 5 e 6).

²⁹ MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *op. cit.*, pág. 411, consideram que esta exigência da parte final do n.º 2 do artigo 282.º do CCP pode ser inconstitucional por violação da garantia constitucional constante do artigo 62.º, n.º 2, da CRP, devendo bastar que a alteração desses pressupostos fosse objectivamente comprovável.

³⁰ Esta figura não se confunde nem com a revisão ordinária de preços nas empreitadas de obras públicas prevista no artigo 382.º do CCP, nem com a revisão de preços que decorre da partilha de benefícios do contraente privado com o contraente público nas parcerias público-privadas (artigo 341.º do CCP).

Dos aspectos acima referidos retira-se que, apesar de ter na base um dever legal³¹ e ser uma forma de responsabilidade por facto lícito ou pelo sacrifício de interesses patrimoniais privados³², a verdade é que o instituto da reposição do equilíbrio financeiro do contrato tal como resulta do artigo 282.º do CCP tem uma *dualidade de natureza*³³, contratual e extracontratual.

Efectivamente, o regime decorrente dos números 2 e 3 do artigo 282.º do CCP aproxima-se da figura da responsabilidade contratual, uma vez que o direito à reposição do equilíbrio contratual é apreciado a partir da “base do negócio”, e porque essa reposição se faz através da modificação das cláusulas do próprio contrato: prorrogação do prazo da execução das prestações ou da vigência do contrato, revisão de preços, ou assunção pela outra parte do acréscimo de encargos ou da redução das receitas que resultam do facto que der causa à reposição do equilíbrio financeiro do contrato.

Pode, assim, dizer-se que é um dever legal que se traduz na imposição de introduzir alterações às cláusulas do contrato, sendo que, após essa modificação, transformam-se em novas (e diferentes) obrigações contratuais. Aliás, o modo de reposição do equilíbrio financeiro do contrato pode ser estipulado desde logo no próprio contrato ou as partes podem negociar o conteúdo das (novas) cláusulas, optando entre as diferentes possibilidades que o n.º 3 do artigo 282.º do CCP admite, visto que este preceito é supletivo.

Ora, nestes termos, a modificação do contrato através da qual se opera a reposição do equilíbrio financeiro nos casos em que a ruptura desse equilíbrio resulta de facto imputável ao contraente público acaba por não ser, na prática, muito diferente da modificação que decorre, por acordo, da alteração das circunstâncias não imputável a nenhuma das partes.

De facto, todos os aspectos referidos no n.º 3 do artigo 282.º como modificações contratuais para repor o equilíbrio contratual podem aplicar-se, sem mais, à alteração das circunstâncias, à excepção, talvez, da parte final quando se refere à “*assunção pelo contraente público do dever de prestar à contraparte o valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos com a execução do contrato*”, na medida em que não tendo dado azo à alteração, o contraente

³¹ Como refere PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Coimbra, 2003, pág. 122.

³² V. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *op. cit.*, pág. 410 e ANA GOUVEIA MARTINS, *op. cit.*, pág. 70.

³³ V. ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos...*, *cit.*, pág. 458.

público não tem de cobrir na íntegra a redução dos lucros ou o aumento dos encargos, mas apenas partilhar esses prejuízos com o particular. Contudo, esta última parte do n.º 3 tem de ser interpretada com cuidado, mesmo no que diz respeito às situações imputáveis à Administração, visto que a indemnização pelo sacrifício não pode acarretar um enriquecimento para nenhuma das partes, designadamente, alterando as margens de risco que correm por conta de cada um dos contraentes³⁴, visando apenas repor a proporção financeira que existia inicialmente³⁵.

Isto significa que se o contrato for modificado por *ius variandi* em termos que o tornem mais oneroso para o particular, a reposição do equilíbrio financeiro é uma figura com alcance autónomo (consubstanciando-se, na prática, numa nova modificação do contrato, de sentido oposto, para repor o equilíbrio financeiro do mesmo), mas se houver uma alteração das circunstâncias, motivada ou não por *factum principis* (desde que este não seja imputável ao contraente público), então a modificação do contrato é, ela própria, a forma de reposição do equilíbrio financeiro do contrato – e aí a distinção entre as duas figuras faz pouco sentido³⁶.

Por outro lado, o n.º 2, *in fine*, do artigo 314.º do CCP tão pouco é claro quanto ao que se entende por “*compensação financeira segundo critérios de equidade*”, nem quanto às situações em que a mesma ocorre.

Não parece que haja lugar a esta compensação em caso de modificação do contrato, desde logo, devido à utilização da conjunção coordenativa alternativa “*ou*”, mas sim naquelas situações em que o co-contratante tem de ser compensado de outra forma exactamente porque não há modificação do contrato (o que demonstra que o legislador encara a modificação do contrato como a forma de repor a situação do particular afectada pela alteração das circunstâncias, que torna a referida compensação desnecessária).

Resta saber se esses casos em que não há modificação do contrato incluem também aqueles em que ocorre a resolução do mesmo. Parece-me que não.

Em primeiro lugar, porque a resolução não é imputável ao contraente público, nem directamente (porque não utilizou o poder de resolução unilateral do contrato), nem

³⁴ Ainda que possa incluir lucros cessantes, como salienta PAULO OTERO, *Estabilidade Contratual, Modificação Unilateral e Equilíbrio Financeiro em Contrato de Empreitada de Obras Públicas*, in *ROA*, 1986, págs. 30 e 31.

³⁵ Razão pela qual se aplica também à alteração das circunstâncias. Neste sentido, v. LICÍNIO LOPES, *Alguns Aspectos...*, *cit.*, pág. 355.

³⁶ Em sentido próximo, salientando que o reequilíbrio financeiro é aplicável à alteração das circunstâncias e que a modificação do contrato é uma forma de fazer face a essa alteração, v. MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, pág. 110.

indirectamente (porque não provocou a alteração das circunstâncias que conduz à resolução do contrato).

Em segundo lugar, porque não há prejuízos a partilhar, na medida em que esses prejuízos decorreriam da manutenção do contrato em termos mais onerosos para o co-contratante, o que não acontece se o contrato for resolvido.

Esta conclusão é corroborada pelo cotejo dos artigos 334.º e 335.º, n.º 1, do CCP com o n.º 2 deste último preceito, visto que destas disposições conjugadas resulta que, em caso de resolução na sequência de uma alteração das circunstâncias, seja por parte da Administração, seja por iniciativa do particular, só há lugar a uma indemnização se tiver sido o contraente público a dar azo a essa alteração.

6. Breve referência à figura dos “trabalhos a mais” nas empreitadas de obras públicas

Esta breve nota sobre a figura dos trabalhos a mais nas empreitadas de obras públicas justifica-se no âmbito do presente estudo, na medida em que aqueles originam uma modificação do contrato, a qual pode resultar quer do uso do poder de modificação unilateral pelo contraente público, quer de um acordo entre as partes. Por sua vez, na base da utilização do *ius variandi* ou do acordo pode estar uma alteração das circunstâncias³⁷.

A relação entre as duas figuras é particularmente visível no CCP, na medida em que este diploma distingue claramente trabalhos a mais de trabalhos necessários ao suprimento de erros e omissões das peças do procedimento: nos termos do artigo 370.º, n.º 4, “*não são considerados trabalhos a mais aqueles que sejam necessários ao suprimento de erros e omissões, independentemente da parte responsável pelos mesmos*”.

Assim, quaisquer trabalhos necessários para fazer face a situações de imprevisibilidade são qualificados pelo legislador como trabalhos a mais, pelo que,

³⁷ Neste sentido v. LICÍNIO LOPES, *Alguns Aspectos do Contrato de Empreitada de Obras Públicas no Código dos Contratos Públicos*, in *Estudos de Contratação Pública - II*, obra colectiva, Coimbra, 2010, págs. 399 e 400.

como refere ANA GOUVEIA MARTINS, só aqueles que sejam susceptíveis de ser previstos e não o foram é que podem configurar erros ou omissões³⁸, ou, pelo menos, “*só muito dificilmente e com enormes custos pudessem ser conhecidos antes do lançamento do procedimento pré-contratual*”, na opinião de RUI MEDEIROS³⁹.

Desta forma, os trabalhos a mais são sempre resultado de uma superveniência imprevisível *ab initio*, o que não significa, no entanto, que todos os trabalhos a mais resultem de uma situação configurável como cláusula *rebus sic stantibus*: é que, como salienta RUI MEDEIROS, há uma diferença entre “circunstância imprevista” [artigo 370.º, n.º 1, alínea a) do CCP] e “alteração anormal e imprevisível” [artigo 312.º, n.º 1, alínea a)]⁴⁰. Exemplo disso mesmo são as chamadas “sujeições imprevistas” - condições naturais supervenientes ou anteriores, que não puderam ser previstas - e que estão consagradas no artigo 370.º, n.º 3⁴¹, para efeitos de aumentar o limite máximo do preço dos trabalhos a mais.

Efectivamente, enquanto que a cláusula *rebus sic stantibus* implica uma reposição do equilíbrio financeiro do contrato, em moldes próximos dos que resultam da utilização do *ius variandi* - que radicam, em última análise, no princípio da equitativa repartição dos encargos públicos -, a revisão de preços nos trabalhos a mais, designadamente na sequência de sujeições imprevistas, tem natureza estritamente contratual⁴².

7. Alteração das circunstâncias e resolução do contrato

A alteração das circunstâncias pode dar azo à resolução do contrato, desde logo, quando torne impossível a execução do mesmo (caso de força maior), mas também quando, apesar de o respectivo cumprimento não ser impossível, a manutenção do contrato se torna excessivamente onerosa para ambas as partes - e acaba por ser para ambas as partes porque o contraente público partilha os prejuízos com o co-contratante,

³⁸ Cfr. ANA GOUVEIA MARTINS, *op. cit.*, pág. 111.

³⁹ Cfr. RUI MEDEIROS, *O Controlo de Custos nas Empreitadas de Obras Públicas através do Novo Regime de Trabalhos de Suprimento de Erros e Omissões e de Trabalhos a Mais*, in *Estudos de Contratação Pública - II*, obra colectiva, Coimbra, 2010, pág. 453.

⁴⁰ RUI MEDEIROS, *O Controlo...*, *cit.*, pág. 461.

⁴¹ Este preceito refere-se a “...*condicionalismos naturais com especiais características de imprevisibilidade, nomeadamente, as obras marítimo-portuárias e as obras complexas do ponto de vista geotécnico, em especial a construção de túneis*”.

⁴² V. ALEXANDRA LEITÃO, *O Enriquecimento...*, *cit.*, págs. 111 e 112.

nos termos referidos *supra* – ou já não prossiga o interesse público subjacente à celebração do contrato.

Finalmente, também pode ocorrer a resolução do contrato na sequência da verificação da cláusula *rebus sic stantibus* quando a respectiva modificação do contrato não seja possível por implicar uma violação dos limites impostos no artigo 313.º do CCP.

Em qualquer dos casos, a resolução é sempre a *ultima ratio*, só admissível nas circunstâncias acima referidas. Isto mesmo resulta do n.º 2 do artigo 332.º do CCP, que consagra o direito do contraente privado à resolução do contrato quando ocorra uma alteração das circunstâncias, mas apenas quando a mesma não implique grave prejuízo para a realização do interesse público, ou, em caso afirmativo, se o contrato puser manifestamente em causa a viabilidade económico-financeira do co-contratante ou se revele excessivamente oneroso – e neste último caso, ainda se deve proceder à ponderação dos interesses públicos e privados em presença.

Se a resolução ocorrer por iniciativa do contraente privado, de acordo com o disposto no artigo 332.º, n.º 1, alínea a), esse direito só pode ser exercido por via judicial ou mediante recurso à arbitragem (n.º 3).

Da mesma forma, também o contraente público pode resolver unilateralmente o contrato, nos termos do artigo 335.º, n.º 1, do CCP quando tiver ocorrido uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, mas fá-lo por acto administrativo. É verdade que o preceito nada diz quanto à forma do acto através do qual o contraente público exerce o seu direito à resolução, mas isso retira-se do artigo 307.º, n.º 2, alínea d) do Código, quando determina que revestem a natureza de acto administrativo todas as declarações do contraente público que se traduzam na resolução do contrato.

De facto, o exercício do poder de resolução unilateral pelo contraente público assume sempre a forma de acto administrativo, dotado de executividade e executoriedade, isto é, não só garante ao contraente público auto-tutela declarativa, como também auto-tutela executiva [artigos 307.º, n.º 2, alínea d) e 309.º, n.ºs 1 e 2, do CCP].

Isto significa que, não obstante o contraente público possuir o poder de resolver o contrato em situações diversas - por causas imputáveis ao co-contratante particular, através da resolução sancionatória do artigo 333.º; por razões de interesse público, nos termos do artigo 334.º; e ainda em virtude de uma alteração anormal e imprevisível das

circunstâncias, de acordo com o artigo 335.º -, em todas elas a actuação é configurada como uma prerrogativa de autoridade.

Assim, seja qual for a razão pela qual o contraente público resolve unilateralmente o contrato, essa actuação acaba sempre por se consubstanciar num poder de conformação da relação contratual, visto que é exercido através de acto administrativo, passível de imposição coerciva, sem necessidade de recurso aos tribunais⁴³.

Mais: após a ocorrência da alteração das circunstâncias, o contrato deixa de prosseguir o interesse público eficaz e eficientemente, pelo que a distinção entre a resolução fundada na cláusula *rebus sic stantibus* e a resolução por interesse público prevista no artigo 334.º - e relativamente à qual não há dúvida que é imposta por acto administrativo do contraente público - acaba por se esbater⁴⁴.

O artigo 335.º, n.º 2, do CCP prevê a possibilidade de essa alteração das circunstâncias ser imputável ao contraente público, devido a uma decisão tomada por este fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual [o facto do príncipe a que se refere o artigo 314.º, n.º 1, alínea a) do mesmo diploma]. Neste caso, o contraente público não perde o direito a resolver unilateralmente o contrato, mas tem de indemnizar a outra parte.

Refira-se ainda que, quanto a mim, os critérios consagrados no artigo 332.º, n.º 2, do CCP como limite à resolução por iniciativa do co-contratante, também se aplicam, de alguma forma, quando é a Administração a resolver o contrato. Essa ponderação de interesses está subjacente à própria decisão do contraente público de resolver o contrato, enquanto *ultima ratio*, sem ser necessária a sua previsão expressa, atendendo a que se trata de um juízo próprio da função administrativa.

Finalmente, justifica-se uma breve nota sobre os efeitos da resolução, em especial, o dever de restituição do prestado.

Embora os artigos 332.º a 335.º do CCP nada disponham sobre essa matéria, deve presumir-se que a resolução tem, em regra, efeitos retroactivos, aplicando-se supletivamente o disposto no artigo 434.º, n.º 1, do CC, nos termos do qual a resolução

⁴³ Como já tivemos oportunidade de defender. V. ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos..., cit.*, págs. 414 e 415. Em sentido contrário, v. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *op cit.*, pág. 421 e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *op. cit.*, pág. 833.

⁴⁴ Em sentido próximo, PEDRO GONÇALVES, *A Relação Jurídica fundada em Contrato Administrativo*, in CJA, n.º 64, pág. 42.

só não tem efeitos retroactivos se isso contrariar a vontade das partes ou a finalidade da própria resolução.

No caso de a resolução se fundar em alteração das circunstâncias não se justifica, em princípio, que a mesma destrua o contrato desde a sua celebração, uma vez que só a partir da verificação daquela alteração é necessário fazer cessar o contrato. Assim, a resolução retroage ao momento em que se tiver verificado a alteração das circunstâncias.

Da mesma forma, a resolução por razões de interesse público ou tem efeitos apenas para o futuro ou retroagirá ao momento a partir do qual o contrato deixou de ser adequado à prossecução do fim público e não ao da sua celebração.

Nos restantes casos vale, então, a regra geral do artigo 434.º, n.º 1, do CC, salvo estipulação contratual em contrário, sem prejuízo de a destruição *ex tunc* dos efeitos do contrato poder ser atenuada no caso concreto por aplicação dos princípios da proporcionalidade, da boa fé e da tutela da confiança.

Isto significa que a resolução implica a restituição das prestações já efectuadas.

Contudo, se se tratar de contratos de execução continuada - e muitos dos contratos públicos assumem essa natureza -, a resolução não afecta as prestações já efectuadas, salvo se a sua relação com a causa resolutive impuser uma resolução plena (artigo 434.º, n.º 2, do CC).

8. Em especial, a alteração das circunstâncias nos contratos sobre o exercício de poderes públicos

A alteração das circunstâncias nos contratos sobre o exercício de poderes públicos, em especial, os contratos obrigacionais, ou seja, aqueles através dos quais a Administração se compromete perante o particular a praticar um acto administrativo de determinado conteúdo mediante a contraprestação do particular, merece uma referência autónoma.

A estes contratos aplicam-se regras especiais, que decorrem do disposto nos artigos 336.º e 337.º do CCP.

Na verdade, o artigo 336.º do CCP atribui total liberdade de estipulação às partes, no que se refere ao prazo de vigência do contrato, bem como aos pressupostos da sua modificação, caducidade, revogação ou resolução, o que equivale a tornar as normas dos artigos 311.º e seguintes do CCP supletivas para este tipo de contratos.

Contudo, a liberdade de estipulação está limitada quando se trate de direitos ou interesses legalmente protegidos indisponíveis ou quando outra coisa resultar da lei - desde logo do artigo 337.º do CCP - ou da natureza do poder exercido através do contrato. Por isso, quando estejam em causa contratos substitutivos de actos administrativos, o regime da revogação dos actos administrativos previsto nos artigos 138.º e seguintes do CPA funciona como limite à liberdade de estipulação de cláusulas contratuais sobre resolução e, conseqüentemente, como limite ao poder de resolução unilateral.

Quanto ao regime do artigo 337.º do CCP, o n.º 2 daquele preceito (aplicável aos contratos obrigacionais) determina a extinção do contrato, por caducidade *ope legis*, “*por força da alteração ou da impossibilidade superveniente de concretização dos pressupostos que ditariam o exercício da discricionariedade administrativa no sentido convencionado*”.

As alterações das circunstâncias, nestes casos, são modificações supervenientes, de facto ou de Direito, que impedem o contraente público de praticar o acto com o conteúdo a que se comprometeu contratualmente (por exemplo, uma alteração legislativa que entra em vigor após a celebração do contrato e que implicaria a invalidade do acto se o mesmo tivesse o conteúdo contratualizado). Por isso, os contratos sobre o exercício de poderes públicos – obrigacionais e não substitutivos - devem ser celebrados sob reserva da manutenção dos elementos de facto e de Direito em que assentou a decisão de contratar. Isso significa que estes contratos contêm sempre uma condição resolutiva implícita que acarreta a sua resolução no caso de o acto a cuja prática e conteúdo a Administração se auto-vinculou contratualmente ser inválido à data em que a decisão deve ser tomada, sem prejuízo da eventual responsabilidade a que haja lugar⁴⁵.

Pelo contrário, uma mera reavaliação do interesse público, independente de qualquer alteração objectiva, de facto ou de Direito, não implica a caducidade do contrato. Se a Administração deixar de cumprir o contrato com fundamento apenas numa reavaliação subjectiva do interesse público incorre em responsabilidade contratual

A referência, constante do n.º 2 do artigo 337.º à “*alteração ou impossibilidade superveniente de concretização dos pressupostos que ditariam o exercício da*

⁴⁵ V. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987, pág. 753.

discricionariedade administrativa no sentido convencional” acaba por conferir ao contraente público um poder semelhante ao poder de resolução unilateral por motivos de interesse público.

Efectivamente, é a este que compete apreciar a verificação daquela alteração ou impossibilidade, competência cujo exercício não pode deixar de comportar algum tipo de margem de livre decisão⁴⁶. Os contratos sobre o exercício de poderes públicos estão sujeitos a um regime próprio, visto que o seu objecto é a prática de um acto administrativo, traduzindo-se no exercício antecipado da discricionariedade administrativa através da auto-vinculação contratual. Ora, esse exercício antecipado da discricionariedade pressupõe um juízo semelhante ao que subjaz à decisão de contratar ou de revogar a decisão de contratar, ambas correspondentes à prática de um acto administrativo.

Por outras palavras: tal como quando se verifica uma situação de alteração das circunstâncias assiste ao contraente público o poder de, através de acto administrativo unilateral, resolver o contrato (artigo 335.º, n.º 1, do CCP) com base numa ponderação sobre a possibilidade ou conveniência de manter o mesmo em face da alteração supervenientemente ocorrida, também nos contratos sobre o exercício de poderes públicos assiste ao contraente público o direito de definir unilateralmente se se mantêm ou não os pressupostos que ditariam o exercício da discricionariedade, para efeitos de caducidade *ope legis* do contrato.

Por isso mesmo é que me parece que a definição dos pressupostos que estão na base da caducidade desses contratos não pode deixar de ser realizada através de um acto administrativo⁴⁷. É verdade que a natureza da actuação através da qual o contraente público verifica a *alteração ou a impossibilidade superveniente de concretização dos pressupostos que ditariam o exercício da discricionariedade administrativa no sentido convencional* é controvertida, atendendo, designadamente, ao disposto no artigo 307.º, n.º 2, do CCP que elenca de forma taxativa as declarações do contraente público que assumem natureza de acto administrativo, limitando-as ao exercício dos poderes de conformação da relação contratual.

⁴⁶ No mesmo sentido, FILIPA URBANO CALVÃO, *Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos*, in *Estudos de Contratação Pública – I*, obra colectiva, Coimbra, 2008, pág. 367.

⁴⁷ Contra FILIPA URBANA CALVÃO, *Contratos...*, *cit.*, pág. 367. A Autora não é taxativa quanto a esta questão, mas refere-se à *declaração* do contraente público quanto à verificação da alteração das circunstâncias.

Contudo, se a definição unilateral se fizesse através de uma mera declaração negocial e não de um acto administrativo, isso significaria que o co-contratante poderia discordar daquela declaração, apenas restando ao contraente público o recurso aos tribunais para impor a sua vontade – o que não faz sentido quando o que está em causa é o exercício de poderes públicos, que pressupõem sempre a existência de auto-tutela declarativa⁴⁸.

Aliás, tratando-se de uma questão de ponderação sobre os pressupostos do exercício da discricionariedade, poderia estar excluída dos poderes de cognição dos tribunais administrativos. Isso mesmo é corroborado pelo disposto no artigo 313.º, n.º 3, do CCP, referido *supra*, que estabelece exactamente esse limite à modificação do contrato por decisão judicial.

9. Crise e alteração das circunstâncias: breve nota

Cumprido, finalmente, referir um último ponto, incontornável no contexto actual, e que tem despertado o interesse da doutrina⁴⁹, e que se prende com as eventuais adaptações que o regime jurídico dos contratos públicos deve sofrer à luz da crise económico-financeira, tanto ao nível dos procedimentos pré-contratuais⁵⁰, como da execução dos contratos.

No que respeita à figura da alteração das circunstâncias e consequente modificação do contrato, é de salientar, antes de mais, que a própria crise pode funcionar como um fundamento de modificação do contrato, nos termos do artigo 312.º do CCP.

Na realidade, os constrangimentos e as dificuldades decorrentes da crise podem consubstanciar quer uma alteração das circunstâncias, subsumindo-se na previsão da alínea a) daquele preceito, quer impor uma modificação do contrato em virtude de novas necessidades inerentes à prossecução do interesse público, caso em que será aplicável a alínea b).

Esses constrangimentos prendem-se sobretudo com a enorme limitação no acesso ao crédito bancário, o que afecta não só a capacidade dos adjudicatários

⁴⁸ Como já defendi antes. V. ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos...*, cit., pág. 423.

⁴⁹ Merece especial referência o artigo de PEDRO GONÇALVES, *Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise*, já citado *supra*.

⁵⁰ Veja-se, por exemplo, o reconhecimento, por parte da Comissão europeia, da necessidade de criar procedimentos pré-contratuais acelerados no actual contexto de crise financeira, in <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do>

prestarem as necessárias garantias bancárias, ainda antes da celebração do contrato, mas torna também difícil ou impossível o seu cumprimento por parte do co-contratante particular. Esta situação é especialmente grave nas concessões, uma vez que a possibilidade de o concessionário obter financiamento nos mercados é uma condição essencial para que este possa executar o contrato nos termos acordados.

Assim sendo, as oscilações mais relevantes dos mercados constituem alterações das circunstâncias, dando azo a modificações objectivas e subjectivas do contrato, como refere PEDRO GONÇALVES⁵¹, embora não possam deixar de ser sempre delimitadas pelo risco contratual. De facto, das regras sobre repartição do risco decorre que algumas dessas oscilações têm de ser suportadas pelo contraente particular, sob pena de a álea contratual recair integralmente sobre a Administração⁵².

As modificações objectivas do contrato podem ser as previstas no n.º 3 do artigo 282.º quanto à reposição do equilíbrio financeiro do contrato - prorrogação do contrato ou do prazo de execução das prestações - ou outras que o contrato preveja, mas a adaptação ao contexto de crise pode passar ainda por uma auto-contenção do contraente público na utilização dos poderes de conformação da relação contratual, traduzida numa maior tolerância perante o incumprimento por parte do co-contratante⁵³. No entanto, esta tolerância tem de estar sempre balizada pelos princípios gerais do Direito Administrativo, em especial, os princípios da prossecução do interesse público e da imparcialidade.

Alguns contratos contêm já cláusulas que expressamente qualificam como alteração das circunstâncias essa dificuldade de obtenção de financiamento junto das instituições bancárias⁵⁴.

Além das modificações objectivas, as dificuldades financeiras que, no actual contexto de crise, afectem gravemente o contraente particular, sobretudo quando esteja em causa um problema de acesso ao crédito por parte deste, pode também dar azo a uma modificação subjectiva do contrato, pela cessão da posição contratual (direitos de *step*

⁵¹ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Gestão..., cit.*, pág. 38.

⁵² V., neste sentido, PHILIPPE BURGER, JUSTIN TYSON IZABELA KARPOWICZ e MARIA DELGADO COELHO, *The Effects of the Financial Crisis on Public-Private Partnerships*, in www.inf.org/external/pubs/lt/wp/2009/wp09144.pdf, pág. 19.

⁵³ Neste sentido, v. PEDRO GONÇALVES, *Gestão..., cit.*, pág. 36, referindo-se essencialmente à aplicação de sanções contratuais.

⁵⁴ Por exemplo, o contrato de subconcessão de obras públicas relativo à concepção, construção, financiamento, manutenção e exploração dos lanços da via designada por Subconcessão do Douro Interior, referido no Acórdão do Tribunal de Contas n.º 12/2010, de 4 de Maio, proferido no Processo n.º 946/2009.

in e step out), nos termos do artigo 322.º, n.º 2, do CCP. Esta possibilidade é admitida desde que haja incumprimento do contrato ou se se verificarem os pressupostos para o contraente público resolver o contrato, entre os quais se incluem a alteração das circunstâncias, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 335.º do CCP⁵⁵.

Efectivamente, a crise económico-financeira traz um conjunto de novos desafios à contratação pública, incluindo ao regime jurídico da alteração das circunstâncias e suas consequências.

⁵⁵ Neste sentido, v. PEDRO MELO, *op. cit.*, pág. 94. Os direitos de *step in* são também uma das soluções apontadas por PHILIPPE BURGER, JUSTIN TYSON IZABELA KARPOWICZ e MARIA DELGADO COELHO, *op. cit.*, pág. 19, para resolver problemas de incumprimento contratual resultantes da crise económico-financeira.